7

BREVE SAGGIO

DI FATTI, E RAGIONI

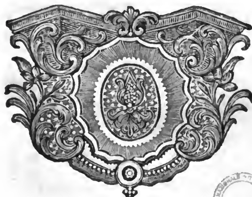
Per D. Giuseppe, ed altri Fratelli
Toscano Mandatoriccio

Per la causa della nullità della Transazione dell' anno 1680.

CONTRO

L' Illustre Principe di Campana

Da aversi presente in termini di Convenzione.





J. M. J.

D. Francesco Mandatoriccio vedendosi destituto di prole, e la sua famiglia prossima già a spegnersi per mancanza di maschi, come già adivenne, stimò di disporre de' beni suoi a pro di D. Mario Toscano suo congiunto in terzo grado Canonico. Su di lui, abbenchè pupillo, aveva il testatore fondate, e rivolte le sue mire, giacchè oltre il vincolo della parentela, anche perchè qual suo Tutore legittimo avealo nella propria Casa allevato, predilezione grande li portava; onde sì per l'amorevolezza, che avea con lui contratta, sì per le felici disposizioni, che forse in lui scorgeva, volle, che nella di lui persona perpetuata si fosse la famiglia Mandatoriccio con assumerne ben anche il cognome. A tale oggetto nell' anno 1676. a' 19. Gennajo il cennato Duca solennizzò il suo testamento *in scriptis*, quale apertosi dopo la dilui morte a' 21. dello stesso mese ed anno, si trovò istituito erede il suddetto pupillo D. Mario Toscano in tutto l'asse feudale, consistente in cinque feudi, come ben anche nel burgensatico (1).

Soggiunse di vantaggio il testatore, che nel caso l'erede da lui istituito D. Mario morto fosse senza figli, allora li sostituì D. Pompeo Toscano fratello di esso D. Mario: e nel caso, ch'entrambi morti fussero senza figli, allora volle, che subentrata fosse in virtù di sostituzione la Casa Santa di A. G. P. (2). Indi passa il testatore a disporre di varj legati nella continuazione del suo testamento. Ma verso il fine, e dopo la serie progressiva di tanti legati in un capitolo separato fa la seguente disposizione: *Item dichiaro, ordino, e voglio, che tutti li miei beni stabili, e feudali lasciati da me al medesimo mio erede, e successori, non si possano dagli medesimi ullo unquam tempore nè vendere, nè alienare, ma che sempre si debbano conservare nella famiglia del mio erede, e successori, nè si possano contrarre debiti; ma solamente possano percepire usufrut-*

A   *to*,

(1) *Fol.* 55. *proc.* 1. *vol.*
(2) *Dicto fol.* 55.

to, come vero, e reale fedecommesso (1).

Tale fu la disposizione del testatore D. Francesco, con cui si morì. D. Vittoria sorella del defunto Duca, appena giuntale la novella della dilui morte pensò comparire nella Regia Udienza Provinciale. Quivi ella asserendo di essersene il Duca D. Francesco morto intestato senza ascendenti, e discendenti, domandò, ed ottenne la spedizion del preambolo, e la immissione nel possesso de' beni tutti, sì feudali, che burgensatici, come collaterale, e sorella *utrinque* congiunta del defunto (2).

La cosa riuscì nella maniera già premeditata. D. Vittoria, che attrovavasi allogata con D. Giuseppe Sambiase, ottenuto il possesso de' beni ereditarj in virtù del preambolo spedito (3) del fratello defunto, comparve nel S.R.C., ove deducendo formalmente l'eredità domandò inibirsi la G. C. della Vicaria, acciò proceduto non avesse alla spedizion del preambolo a pro di D. Mario Toscano, e molto meno ad immissione nel possesso de' beni ereditarj a dilui vantaggio, e si spedì l' inibitoria in forma su tale domanda (4). L' assunto propostosi per parte di D. Vittoria si restringeva nel seguente tenore: Disse, che il testamento, su di cui si poggiava il Toscano per la spedizion del preambolo era o foggiato, e falso, o nullo, o finalmente quando nè foggiato, nè nullo riputarsi dovesse, niuna ragione vantar poteva il Toscano, giacchè i beni feudali a lei si appartenevano per legge d' investitura, e che riguardo a' burgensatici ella ancora doveva escludere D. Mario in forza di un voluto antico fedecommesso, o sia Monte di ducati 80000. istituito in quantità da D. Gio: Michele Mandatoriccio avolo dell' ultimo Duca D. Francesco, quale somma essa diceva di assorbire l' intero asse burgensatico. A tal Monte pretendeva l' anzidetta D. Vittoria venir chiamata *ex propria persona* (5). Con altra supplica dedusse ben' anche doversele deferire i beni ereditarj di D. Ottavio Mandatoriccio zio paterno tanto di lei, che del Duca D. Francesco (6).

Lo specioso apparato di tanti assunti proposti lungi dal far impressione al S. C., sembrando a prima vista di qualche peso, nel

(1) *Fol.* 58. *dict. vol.*
(2) *Fol.* 25. *ad* 27. *dict. vol.*
(3) *Fol.* 13. *ad* 17. *dict. vol.*
(4) *Fol.* 8. *ad* 9. *dict. vol.*
(5) *Fol.* 30. *dict.* 1. *vol.*
(6) *Fol.* 257. *ad* 258. *dict. vol.*

nel crivellarsi però, è discutersi lungamente, come si fè, si riconobbe frivolo, ed insussistente. L'ideale falsità non istava poggiata ad altro, se non che nel dirsi, che non potea D. Francesco istituire D. Mario Toscano per la buon' armonia, che passava con D. Giuseppe Sambiase marito di D. Vittoria, e di più, che l'affezione, che avea mostrata a Bartolo Sambiase figlio di D. Giuseppe, avendoli sovvente volte, e fino all'ora della morte promesso d'istituirlo erede, non facea presumere di averlo preterito, e che l'istituzione rinvenuta a pro di D. Mario Toscano, mal si confacea colle promesse, ed i fatti antecedenti del testatore. Cotali erano i deboli colori, con cui si lusingava la Signora D. Vittoria di adombrare, e dipingere per falso un testamento avvalorato da ogni legittima sollennità, e poggiando su di lievi, ed aeree presunzioni, intendea distruggere il valore di una pubblica scrittura. Ma il S. C. diè a divedere col fatto di qual conto riputarsi doveano tali presunzioni, giacchè ammise il pupillo alla spedizione del preambolo, e l'accordò ben anche l'immissione in possesso in grado di nullità, e di restituzione *in integrum* proposta per parte di D. Bartolo Sambiase, e discussa con tre Ministri aggiunti.

Sulla seconda posizione di D. Vittoria in rapporto alla nullità si dicea, che si osservavano molte cassature, e viziature apparenti ad occhio nudo dal testamento. Il S. C. volendo su tal proposito procedere colla dovuta esattezza per assicurarsi, se mai vi fussero tali viziature, ordinò, che si trasmettesse l'originale del testamento; quale infatti dopo varie vicende venne trasmesso in Napoli, da cui si estrasse copia in forma di originale, che si osserva negli atti (1). Dall'ispezione oculare si chiarì, che le asserte viziature, su di cui la Signora D. Vittoria credeva avere il sostegno della sua ragione, ad altro non riduceansi, senonchè in una lacuna d'inchiostro insensibile in guisa, che appena adombrava i caratteri, e si ravvisava questa non già in una parte essenziale del testamento, ma sibbene in un legato di ducati venti, che si lasciava ad un certo Antonio Perenuccio persona di servizio del Duca, e che nel dippiù del testamento, non si ravvisava vizio, o neo alcuno. Si assumeva di vantaggio, che il testamento non si trovava involto in una carta bianca di un foglio scritto del testamento, ma in una carta bianca di un foglio separato, e che ciò era contrario al costume, che si praticava da Notari nella chiusura del testamento.

A 2 Ta-

(1) *Fol. 272. ad 275. pr. vol.*

Tali oppofizioni relative alla nullità, e falsificazione del testamento, qual remora aveffero fatto nell' animo del S. C. si può facilmente comprendere dal decreto del dì 4. Luglio 1676., con cui il S. C. medesimo a relazione del Commessario D. Erasmo de Ponte, ordinò l'immissione nel possesso circa i beni burgensatici a pro di D. Mario Toscano, riserbandosi le provvidenze da darsi su'l feudale. Tutto ciò si ravvisa dal *fol. 76. proc. pr. vol.*, e dal tenore del decreto, che quì si trascrive: *Facto verbo de præsenti in S. R. C. per Militem U. J. D. Erasmum de Ponte Regium Consiliarium, & causæ Commissarium: Visis comparitionibus &c. per S. C. provisum est, quod M. C. V. consignet copiam præambuli, & illius fidem expediti in beneficium Marii Toscani Mandatoriccio; verumtamen non consignetur possessio bonorum hæreditariorum, nisi prævia obligatione facienda per viam expromissionis penes acta S. C., de non alienando bona hæreditaria tam mobilia, quam semoventia, & stabilia, & de restituendo fructus ad omnem ordinem ejusdem S. C., sive Domini causæ Commissarii* (1), *hoc suum &c.* Un sì fatto decreto venne confermato in grado di doppio gravame (2), senza che avesse nettampoco il S. C. dato ascolto alla domanda di D. Vittoria, che pretese in ultimo, che il possesso si avesse dovuto dare *præstita cautione*, e non già *facta obligatione* (3).

Si sottoposero a termine le altre dimande di D. Vittoria Mandatoricci (4), tanto sul preteso fedecommesso, o sia Monte eretto da D. Gio:Michele Mandatoriccio, che per la sostituzione di D. Ottavio, che anche si pretendea, e meritarono del pari termine le dimande di D. Mario risguardanti il prezzo del feudale, assumendosi, che *legato feudo debetur extimatio* (5).

Le pruove, che s' impegnò fare D. Vittoria nel corso della compilazione del termine, tendenti al sostegno de' suoi assunti, ad altro non raggiraronsi, senonchè in riprodurre quelle stesse fedi di testimonj, ch' eransi esibite per garantire la pretesa falsità del testamento, producendo ben anche diverse scritture di acquisti fatti da D. Gio: Michele Mandatoriccio (6). E' da os-

(1) *Dict. fol. 76. pr. vol.*
(2) *Fol. 278. a t. proc. pr. vol.*
(3) *Fol. 283. & 288. pr. vol.*
(4) *Fol. 289. pr. vol.*
(5) *Fol. 337. pr. vol.*
(6) *Fol. 108. ad 213. pr. vol.*

offervarfi però, che le fedi efibite null' altro contenevano, fe non che le volute verbali promeffe del Duca d' iftituire erede D. Bartolo Sambiafe. Dal Tutore del pupillo D. Mario non fi compilò termine, forfe perchè la fua ragione, e le fue pruove rifultavano da una pubblica fcrittura, qual' era il teftamento, che formava il più fodo, e completo appoggio del fuo affunto. In feguito D. Mario in efecuzione del fuccennato decreto fi pofe nel poffeffo della maffima parte de' burgenfatici; diffi della maffima parte, giacchè non pochi corpi ereditarj, benchè burgenfatici, fi fecero paffare per feudali.

I beni, di cui ebbe il poffeffo il pupillo D.Mario, e in dilui nome il tutore D. Domenico Amalfitano, fi valutarono per ducati cento mila, per i quali fe ne pagò al Fifco il *jus fententiæ* corrifpondente (1).

Godè per lo fpazio di anni quattro il pupillo del poffeffo di detti beni; ma indi non fo per qual bizzarra idea, e ftrano penfiere venne in mente a D.Domenico Amalfitano Tutore di D.Mario di tranfiggere tutte le pretenfioni ful folo affe burgenfatico, giacchè per lo feudale non s' interloquifce affatto nella tranfazione, per ducati diciotto mila. Cofa appena credibile, qualora fi riflette allo ftraordinario valore, a cui afcendevano i beni ereditarj tutti di D. Francefco Mandatoriccio. Per i fuddetti duc. diciottomila di duc. fedicimila fe ne coftituì un capitale, di cui D. Giufeppe Sambiafe, e D. Vittoria Mandatoriccio fi obbligarono di corrifpondere l' annualità al quattro per cento, e i rimanenti ducati duemila fi dierono a' difenfori di D. Mario. Coftui non pensò di richiamarfi da fimile nulla, e lefiva tranfazione. Il figlio di coftui D. Francefco molto meno fu nel cafo di poter ciò fare, giacchè ebbe l' infortunio di premorire al padre. Oggi i nipoti di effo D. Mario *ex filio præmortuo*, D. Giufeppe, D. Marcantonio, e D. Vincenzo Tofcano fi trovano avere introdotto giudizio nel S. C. fin dall' anno 1779. ad oggetto di annullare, e refcindere la tranfazione fuddetta. La loro ragione dipende dalle feguenti rifleffioni. Primo, perchè nella tranfazione mancarono i debiti follenni, da cui doveva effere avvalorata. II. dee la medefima riputarfi nulla, e di niun vigore, perchè contenente enormiffima lefione in difcapito di Tofcano, per cui ella fi refe fin dal fuo nafcere invalida, *tamquam proveniens ab initio ex dolo*, che diè caufa al-

(1) *Fol.* 102. *dict. primi vol.*

la transazione istessa. In terzo luogo si farà vedere l'estinzione del Monte, a cui si credea chiamata D. Vittoria.

E finalmente perchè non potea D. Mario, ancorchè l'avesse voluto, pregiudicare i diritti, e le ragioni de' suoi discendenti, i quali credono con gran fondamento essere invitati *ex propria persona* all'eredità di D. Francesco Mandatoriccio, per ragion del fedecommesso da lui istituito.

C A P. I.

In cui si dimostra la nullità della transazione per mancanza de' dovuti solenni.

PEr mettere nel suo più luminoso aspetto la nullità, ed invalidità dell'anzidetta transazione, egli è da premettersi, ed osservarsi, se mai per avvalorarla si siano adoperate quell'estrinseche solennità, che doveano necessariamente accompagnarla. La transazione è una specie di alienazione, e tale chiunque avrà per poco gustate le legali Teorie, devè riputarla, giacchè detta l'assioma legale: *Qui transigit, alienare videtur*. Ed in vero in che altro mai consiste l'intima natura, ed indole della transazione, se non se nel cedere, e rinunciare a vantaggio di altri, parte delle sue pretensioni in riguardo di cosa certa, che il transiggente viene a ricevere, o ritenere? Da ciò si ravvisa, che non si possono eseguire, ed attendere le transazioni suddette, quando le medesime non vengano fatte da persona, che abbia oltre della libera amministrazione, la facoltà benanche di alienare, e disporre de' beni suoi. In altre circostanze quando la roba, che si transigge fosse vincolata, e soggetta a sostituzione, ovvero abbia un progresso successivo, acciocchè si potesse credere ben regolata, e fatta con avvedutezza, e buona fede la transazione, che cade sulle robbe soggette, egli è di bene, che vi concorrano quei debiti solenni, che tutti tendono a fare chiarire, se ella ridonda a vantaggio de' futuri chiamati, o di quei, che possono un tempo aver dritto, e ragione sul fedecommesso, che colla transazion si dimembra. A tale oggetto la legge municipale, ossia la prammatica unica *de vinculis, seu conditionibus, in contractibus, vel test. quom. amov.*, e l'uso pratico inalterabilmente osservato nel nostro Foro, prescrive, che s'interponga il decreto, *si expedit*, giunte le Ruote della G.C. della Vicaria, e confermato dal S.R.C. *etiam junctis Aulis*, precedente una solenne inquisizione, e disame, con cui si calcolino seriamente le circostanze della tran-

transazione, se sia utile per chiunque vi possa avere *in futuro* interesse, esaminando le circostanze della probabilità, o improbabilità del dubbio evento della lite. A tal uopo si destina dal Maggistrato medesimo un uomo probo, ed avveduto, che colla divisa di Curatore sia incaricato a promuovere i vantaggi de' futuri chiamati, acciocchè il tutto si faccia colla dilui intelligenza, e senza che si arrechi menomo pregiudizio a' futuri successori nel fedecommesso. Così infatti, com' è risaputo da tutti, si suole alla giornata praticare ne' nostri Tribunali qualora si tratta di rompere i legami apposti ne' testamenti, acciocchè sotto lo specioso velame di transazione non si alterino indebitamente le disposizioni testamentarie, e l'utile de' futuri chiamati. Or ciò premesso, si osservano forse nella transazione, che fè il tutore di D. Mario Toscano D. Domenico Amalfetano questi solenni, che le leggi Municipali prescrivono riguardo al decreto *si expedit?* Non se ne ha sicuramente traccia veruna. Egli è certo, che (prescindendo del tratto progressivo del fedecommesso istituito da D. Francesco a pro della famiglia Toscano) erano ancora in forza della sua disposizione testamentaria i suoi beni soggetti a sostituzione a favore di D. Pompeo Toscano, quantevolte D. Mario morisse senza figli, e nel caso che costui nemmeno lasciasse figli superstiti, eravi la sostituzione a beneficio della Casa Santa di A.G.P. Come dunque si potea transiggere un' eredità cotanto pingue, ed estesa, senza che si fosse avvalorata dal decreto *si expedit*, per vedersi se i futuri chiamati, e coloro, che doveano essere invitati alle suddette sostituzioni, ne venivano a soffrire discapito, e lesione ne' loro interessi, rilasciandosi un asse ereditario di sì gran considerazione, malgrado il leggittimo possesso, che ne aveva avuto D.Mario in vigor di solenne decreto del S.R.C.? Come dunque potrà la transazione riputarsi valida, ed obbligatoria per i successori, come mai saran tenuti all' osservanza degli effetti di quella tutti gli altr' interessati, quando la transazione istessa non venne rivestita, e corroborata dall' autorità del Maggistrato, e colla interposizion de' solenni? Ma sento intuonarmi una objezione, con cui si cerca giustificare la suddetta mancanza dei solenni. Si dice dunque, che non era necessaria l'interposizione di altro decreto *si expedit*, secondo la forma prescritta dalla Prammatica sul disvincolo del fedecommesso, giacchè a tal mancanza si era abbastantemente provveduto, e supplito coll' interposizione del decreto *si expedit*, di cui dovè munirsi il contratto celebrato dal tutore di D. Mario con D. Vittoria Mandatoriccio, attesa la pupillare età di

es-

esso D. Mario. Ond' è, ch' essendosi tal solennità interposta, ella sola convalidar potea la transazione istessa, senzacchè fosse stato uopo interporsi altro decreto dal Magistrato. Tale objezione contiene in seno un errore detto fuor di ragione. Quando le solennità, che si esiggono per istabilimento di legge per la validità di un atto, hanno diverso l'oggetto, a cui hanno avuto rivolte le loro mire i Legislatori, in tal caso la mancanza dell' una non potrà giammai venir supplita dall' esistenza dell' altra. In fatti il decreto si *expedit* in forza della sullodata Prammatica non tende ad altro scopo, se non che a salvare l' interesse de' futuri chiamati, acciocchè non si rompano i legami apposti ne' testamenti, nè si preggiudicassero le ragioni di coloro, che per volontà del testatore debbono un tempo godere i vantaggi del fedecommesso, e con ciò colla destinazione del curatore, riconoscendo costui il contratto per ragionevole, ed utile dopo l' esame delle circostanze si viene ad approvar con decreto del Magistrato. La solennità poi, che s' interpone nelle transazioni, e contratti de' tutori, quando feriscono l'interesse de' pupilli, serve solo a supplire la mancanza dell' età, acciocchè il suggello della pubblica autorità convalidasse un atto, che la persona del pupillo *ob imbecillitatem consilii*, *& defectum ætatis*, non può con adequatezza di ragione conoscere se sia bene, e prudentemente regolato. Non si viene con ciò ad effettuire l' osservanza della Prammatica *de vinculis &c.* la quale ha per suo oggetto di togliere i vincoli de' testamenti nelle sustituzioni, e fedecommessi, intesi tutti gl' interessati, e non già di supplire il difetto dell' età nella persona de' pupilli, ch' è lo scopo del decreto di espedienza, che s' interpone in forza delle leggi Romane nelle alienazioni, che si fanno da' quelli. Non era adunque sufficiente un solo decreto *si expedit* nella transazione, che nell' anno 1680. fe il tutore di D. Mario Toscano con D. Vittoria Mandatoriccio, ma si esiggea per indispensabile solennità l' altro decreto relativo al disvincolo, ed alla ragione degli eredi sostituiti, e de' futuri chiamati a tenore della Prammatica, e dovea tal decreto venire approvato giunte le Ruote del S. C., il che non si vede affatto praticato. L' essersi dunque tal solennità trasandata, fa sì, che il contratto medesimo abbia a considerarsi per invalido, e di niun vigore, e perciò non obligatorio per i fratelli Toscano.

Ma innoltrandoci più innanzi su questo assunto è di bene, che si facci ravvisare la nullità di detta transazione rimontando a' principj della Romana legislazione, per poi vieppiù dilucidarla sulle nostre Leggi municipali.

Ci

Ci si presenta sulle prime nel Codice al titolo *de rebus alienis non alienandis* la Costituzione ultima di Giustiniano del seguente tenore: *Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit: non solum dominii alienationem, vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi. Similique modo, & servitutes minime imponi, nec emphytheuseos contractus, nisi in iis tantummodo casibus, in quibus Constitutionum auctoritas, vel testatoris voluntas, vel pactionum tenor, qui alienationem interdixit, aliquod tale fieri permiserit.*

Dal tenore della sudetta Costituzione hanno rilevato gl' Interpreti, che sia invalida l'alienazione delle cose a fedecommesso soggette, e che la proibizione di alienare, apposta nel testamento impedisce, la traslazione del dominio della cosa distratta, e rende nullo dal suo nascere il contratto.

Il divieto d'alienare, induttivo di fedecommesso, si desume dal testo nella legge *filiusfamilias* 118. *D. de leg.* 1. §. 9. *Divi Severus, & Antoninus rescripserunt eos, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam, id fieri velint: nisi inveniatur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum sit: nullius esse momenti scripturam: quasi nudum præceptum reliquerint: quia talem legem testamento non possunt dicere.*

I Dottori sul Commentario della sudetta Legge hanno fondato la distinzione, che quando in una roba, o eredità, concorre il divieto del testatore colla proibizione della Legge, il contratto si rende nullo dimodocchè si può subito rivocare. Paolo di Castro anche l'afferma *Comm. d. leg. num.* 7.

Questa teoria è stata adottata nell'uso pratico nel Foro, e ne abbiamo mallevadore il *de Marinis lib. II. resol.* 90. *num.* 2. ove premettendo il caso, in cui si possa alienare la roba soggetta a fedecommesso durante la vita del gravato, ne soggiunge l'eccezione, *nisi testator expresse alienationem prohibuerit, eo enim casu, quia duplex concurrit prohibitio, nimirum legalis, cum bona restitutioni subjecta lex alienari vetet, & testatoris, semper postea herede alienante, dicitur a principio nulla alienatio, non aliter expectato, quo fideicommissi conditio, vel heredis gravati mors eveniat, & hic est unus satis notabilis effectus expressæ prohibitionis, scilicet quod fideicommissum conditionale purum efficiatur, ita ut statim per vocatum illud consequi possit.* Anzi hanno anche scritto i Prammatici, che lo stesso alienante possa impugnare tale distrazione.

Nel caso di cui trattiamo in contesa, D. Francesco Mandatoricci

 ol-

oltre le due sostituzioni prescritte nel suo testamento, avea anche soggiunto il divieto di alienare, la di cui forza da noi si esaminerà più appresso. Come potea dunque il tutore di D. Mario transiggere la sudetta eredità, giacchè anche il transiggere viene compreso sotto il nome di alienazione?

Ma prescindiamo dalle riflessioni nascenti dal dritto Romano, e torniamo (ripigliando il filo delle nostre idee) ad esaminare il merito della transazione sulla Legge municipale per la Prammatica unica *de vinculis non tollendis*, che ha prescritto in forma specifica l'assenso precedente decretò *si expedit*, confermato nel S.C. *junctis aulis*.

Questo provvido stabilimento quì in Napoli fu promulgato nel 1674. ad esempio de' Tribunali di Spagna, ove per consimili alienazioni si osserva lo stesso ordine giudiziario, che si prescrive dalla Prammatica.

Maradei ne' suoi singolari alle Prammatiche rapporta il dubbio suscitato a suo tempo, se la medesima abbia luogo per quelle permute, le quali siano utili a' futuri chiamati; ma soggiunge l' opinione di Cesare di Afflitto, che costantemente ciò rafferma. Trattasi anche detto articolo da Altimari nella sua *osservaz.* al *Consigl.* 15. *di Rovit. lib.* 1., ove sostiene, che anche nelle permutazioni utili siavi necessaria l'osservanza di detti solenni della Prammatica, per le parole stesse che ciò additano, per le quali si proibisce l'alienazione, commutazione, surrogazione, o dimembrazione in tutto o in parte, le quali parole siccome sono generali, ed illimitate, così debbono estendersi a qualunque atto, da cui si può temer pregiudizio per i futuri chiamati. Da ciò ne è nata e con ragione la pratica del foro, la quale esigge l' osservanza della Prammatica sudetta in ogni caso; poichè trattandosi di commutazione di volontà, che al solo Principe appartiensi, uopo egli è che il permesso si ottenga da quel Tribunale che rappresenta immediatamente la M. del S. qual è il S. C.

La nullità dunque della transazione, fatta tra D. Vittoria Mandatoricci e D. Mario Toscani, per l' omissione de' solenni si rende da per se stessa palese. Ogni atto, a cui la legge contraddice e resiste, è nullo ed invalido. Saviamente riflette il Montano parlando de' feudi, da cui si può benissimo trarre argomento per i fedecommessi, che l' alienazione di essi si dee riputar di niun vigore, *quia quicquid contra legem, vel lege resistente fit, nullum est. Sed e contra* (sono le sue parole) *ad leg. Imperial. num.* 174.) *lex resistit, ne fiant contractus super feudis sine consensu domini, & actus quibus lex resistit sunt*

omni-

omnino nulli, sufficit enim legem prohibere. E conferma anche ciò lo stabilimento della *L. non dubium C. de legibus*. *Quicquid contra legem fit, id pro infecto haberi debet, & ipso jure nullum est*.

Tuttociò mi lusingo, che sia piucchè sufficiente a far conoscere la nullità della transazione per mancanza de' requisiti, ricercati dalla Prammatica per rapporto a' debiti solenni. Passiamo ora al secondo.

CAPITOLO II.

In cui si dimostra, che la transazione fatta tra D. Mario Toscano, e per esso il Tutore D. Domenico Amalfitano, con D. Vittoria Mandatoriccio, fu dal suo nascere invalida, perchè in ogni modo esorbitantemente lesiva, per cui dee riputarsi originata dal dolo, che diè causa al contratto.

PEr formare una giusta, ed adequata idea della esorbitante, ed enormissima lesione, che si osserva nel contratto del 1680. tra il Tutore di D. Mario Toscano, e D. Vittoria Mandatoriccio, acciocchè senza esitazione alcuna possa decidersi della dilei nullità, è d'uopo, che si divisassero tutte le fondate pretensioni, e dritti, che appartaneansi al sudetto Pupillo, su de' beni rinvenuti nell' eredità di D. Francesco Mandatoriccio, fratello di essa D. Vittoria. Per procedere adunque colla dovuta precisione, e chiarezza in un punto sì interessante, partitamente farem ravvisare quali erano le ragioni, che a D. Mario spettavano, e se ne abbia avuto colle transazione convenevole compenso.

Si annoteranno i debiti lasciati da Gio: Michele Mandatoriccio preteso istitutore del Monte, quali furono estinti dall' ultimo Duca D. Francesco, per cui indubitatamente avea diritto di farne detrazione dal voluto fidecommesso, o almeno potea ripeterli su de' beni ereditarj di D. Gio: Michele medesimo.

Credeva D. Vittoria Mandatoriccio, che D. Gio: Michele di lei Avolo avesse istituito un Monte di ducati ottanta mila, al dicui godimento erano invitati i primogeniti. Noi abbenchè fossimo garantiti da i più plausibili argomenti, che la chiamata del monte si era estinta nella persona dell' ultimo Duca D. Francesco, e che ella non si estendea nella persona di D. Vittoria, e moltomeno avea tratto progressivo, come in appresso ad evidenza si farà palese; pur tutta volta accordando per poco la esi-

sistenza della chiamata a pro di D. Vittoria, vogliam sulle prime far rilevare i dritti certi, ed indubitati, che avea D. Francesco sull' intiero asse di D. Gio: Michele preteso fedecommittente, per ragion de' debiti dal detto D. Michele contratti, ed estinti di poi parte da D. Teodoro suo figlio, e parte dall' ultimo Duca D. Francesco, come si ravvisa da valevoli documenti presentati ne' processi.

Era D. Gio: Michele Mandatoriccio debitore in ducati 14000. per residuo del prezzo del Feudo di Pietrapaula da lui acquistato, qual residuo venne in seguito sodisfatto, ed estinto dall' ultimo Duca D. Francesco, come dal documento tratto dal Banco (1).

In oltre sull' eredità di D. Gio: Michele dovea conseguire D. Vittoria Toscano sua moglie ducati 3000. per ragion dotale, per cui competea a D. Francesco la detta detrazione com'erede de figli di Gio: Michele, ai quali tali doti si appartenevano, come apparisce dal testamento, in cui si confessa tal debito (2).

Di più era debitore D. Michele a Persico Greco, ed al di costui figlio Gio: Domenico in ducati cinquemila; per tanti capitali di censo bollare. Dovea ben anche al Venerabile Monastero di S. Chiara di Rossano un capitale di ducati seicento, che uniti a' primi formano l' importo di ducati cinquemila, e seicento, quali ritrovati nell' eredità di Gio: Michele, furono poscia estinti parte dall' ultimo Duca Francesco, e parte da suo Padre Teodoro, come da' documenti *in actis* (3).

Tralasciando di annoverare altri ducati tremila, che furono restituiti a D. Giulia Varcarceres moglie di Francesco Mandatoriccio seniore, da Teodoro fratello di esso D. Francesco, perchè morto senza figli, per quali doti si trovava obbligato D. Gio: Michele. E tralasciando ancora di far menzione della donazione *propter nuptias*, che avea lo stesso Gio: Michele fatta a Francesco Seniore primogenito, e dell'altra fatta a Teodoro, come si ravvisa dal Testamento di detto Gio; Michele.

Col-

(1) *Fol.* 45. *ad* 50. *proc. prim. vol.*
(2) *Fol.* 183. *ad* 187.
(3) *Fol.* 214. *prim. vol.*, & *fol.* 51. *ad* 52.

Collettiva de' debiti estinti da D. Francesco sull'eredità di D. Gio: Michele.

Residuo di debito pe 'l prezzo di Pietrapaula	14 000
Dote della moglie di Gio: Michele	03 000
Capitali dovuti a Greco, e S. Chiara	05 600
Legato lasciato da Gio: Michele al Monastero de' Paolotti (1).	01 000
Somma	23 600

Oltre della sudetta somma, che spettava di detrarre al fu D. Francesco, e potea disporne, come fece a pro di D. Mario Toscano, non può metters' in dubbio, che avea ben anche diritto di detrarre le rispettive quote di legitima *ex persona* tanto di D. Teodoro suo Padre, che de' suoi zii D. Ottavio, e D. Francesco figli di D. Gio:Michele, giacchè non osservandosi gravate tali legitime, con adoperarsi la nota cautela di Soccino, non debbono intendersi comprese nel voluto Monte da lui eretto, ma sibbene franche, e libere da ogni peso, come esige la natura delle legitime.

Le medesime però debbono calcolarsi non solo avendosi riguardo al valore dell'asse burgensatico, ma ancora su 'l valore de' beni feudali, giacchè trattandosi di feudi nuovi, ossia di novello acquisto di D. Gio: Michele, il valore di essi, giusta la massima incontrastabile della ragion feudale, deve considerarsi ancora esistente, *& depositum in arca patris*, per cui avendosi come burgensatico dev'entrare in computo nel liquidarsi la legitima. I sudetti feudi giusta il prezzo con cui se ne fece la compra, come si scorge dall'istromento di divisione tra figli di Gio:Michele, ascendevano a ducati sessantadue mila netti da' debiti (2), su di di qual valuta di feudi nuovi, come burgensatica qual'era, potea il D. Francesco detrarne le legittime di D. Francesco seniore, D. Teodoro, e D. Ottavio.

Or aggiugnendo al sudetto prezzo feudale il valore de' beni burgensatici, quali situandoli nella tenue somma non più di ducati venti mila trattine i debiti, prezzo che nemmeno eguaglia la metà della loro valuta apparente dall'Inventario, e per cui furono comprati, si formerebbe l'intero importo di ducati ottan-

A 7

(1) *Fol.183.*
(2) *Fol. 91. ad 99. proc. pr. vol.*

tantadue mila, da' quali calcolandone le tre quote di legitima, dovute a' figli D. Francesco seniore, D. Teodoro, e D. Ottavio, tutte e tre le legitime formerebbero la somma di ducati ventisettemila, trecento trentatrè, quali potea benissimo il D. Francesco juniore detrarre dall'eredità di D. Gio: Michele, e disporne a pro di chi meglio li fosse stato a grado.

Era ancora D. Giuseppe Sambiase debitore al Duca morto per un capitale datoli da D. Francesco in ducati mille, e duecento, come dall'istromento stipolato per mano di Notar Lorenzo Cavallo di Verzini (1).

Altri ducati mille novecento cinquanta pigliati dall'eredità di D. Francesco mentre era *sub sequestro*, per cui D. Giuseppe, e D. Paolo Sambiase si obbligarono *penes acta Sacri Consilii de restituendo* (2).

Altri ducati tremila seicento sessanta pagati da Antonio Pastore a D. Giuseppe Sambiase, per darne conto al Duca D. Francesco (3).

Doti costituite, e sodisfatte dal Duca D. Francesco a pro di D. Vittoria sua sorella, quando passò a marito con D. Giuseppe Sambiase. Tal dote siccome profettizia dovea ritornare agli eredi del dotante, quando detta D. Vittoria pretese di succedere, non ostante la rinunzia (4).

Tutta la sudetta somma, aggiungendosi ancora gli acquisti fatti *propria pecunia*, mercè l'industria, e l'attività dell'ultimo Duca D. Francesco, e del di costui Padre D. Teodoro, quali situandosi, secondo il più tenue prezzo, e valore, si può francamente dire, che ascendessero a ducati ventimila, come si può di leggieri scorgere dall'Inventario sotto la rubrica degli acquisti dell'ultimo Duca D. Francesco, e D. Teodoro.

De-

(1) *Fol.* come rilevasi dall'istromento di transazione, e dall' inventario *fol.*

(2) *Fol.* come rilevasi dall'istrumento di transazione, e dall' Inventario *fol.*

(3) *Fol.* 309. *ad* 313. *pr. vol.*, ed istromento di transazione.

(4) *Fol.* 382. *pr. vol.* istromento di rinunzia di D. Vittoria per aversi ricevuti ducati quattromila.

Debiti estinti da D. Francesco	23600
Importo delle legitime	27333
Capitale dovuto da Sambiase	01200
Pigliati dall'eredità	01950
Pagati da Pastore	03660
Dote di D. Vittoria	04000
Acquisti di D. Francesco ultimo Duca	20000
Somma	81743

Seguono i debiti di Ottavio estinti dall' ultimo Duca Francesco.

Avea sodisfatto a D. Francesca Cappellaro moglie di Ottavio Mandatoriccio per essere morto senza figli ducati (1)	04500 00
Pagati a Muzio Britti per capitali censuali duc. tremila (2) e cento	03100 00
Dippiù altri ducati duemila, e novecento per capitale censuale dovuto dallo stesso Ottavio a Giacomo Petra (3)	2900 00
Altri duc. undecimila cinquecento ventinove, e grana settantotto, in cui restò debitore Ottavio al Monte del Multiplico del qu. Francesco Gergasi di Cotrone, per i quali se ne erano spedite le lettere esecutoriali agli eredi di D. Ottavio (4)	11529 78
Altri ducati diecemila pagati a D. Domenico Amalfitano Marchese di Crucoli	10000 00

In tutto i suddetti debiti di Ottavio

Debito con Muzio Britti	03100
Doti restituite a Francesco Cappellaro	04500
A Matteo Britti	01100
A Giacomo Petra	02900
Al Monte del Moltiplico di Gergasi	11529 78
Al Marchese di Crucoli	10000
Sono in tutto	32929 78

Le suddette somme rilevanti formano il risultato delle pretensioni indubitate, e del dritto certo, che appartenevasi al fu D. Mario Toscano sull' eredità di D. Francesco Mandatoriccio, sen-

A 8

(1) *Fol.* 114. *proc.*
(2) *Fol.* 114.
(3) *Dict. fol.*
(4) *Dict. fol.*

ſenza che su di ciò muover ſi foſſe potuto ragionevol contraſto, e molto meno ſu di eſſe cader potea tranſazione veruna, ove dubbio alcuno non v'era. Conſiderando adunque la ragione di D. Mario Toſcano nell' aſpetto il più ſvantaggioſo per lui, non potea negarſegli la ſuddetta ſomma compoſta, parte di acquiſti, e denaro contante di eſſo ultimo Duca, e parte per ragion di legittima, ch' egli dettar potea dall' eredità di ſuo avo, *en perſona* di ſuo padre, e de' ſuoi zii D. Franceſco, e D. Ottavio, di cui egli era erede; come pure gli ſpettava detta ſomma per ragione de' debiti, ed altri peſi intrinſeci levati dall' eredità di D. Michele Mandatoriccio, e voluto fedecommettente. Impicciolendo dunque per un momento i fratelli Toſcano la loro pretenſione, e riducendola ne' più ſtretti limiti, ſempre ne riſulterebbe la ſuccennata ſomma, ſu di cui non entrerebbe conteſa; e ciò ſenza entrare nel diſame, e ſviluppo degli articoli legali, che con gran fondamento di ragione ſi potrebbero ſuſcitare, e ſoſtenere a di loro vantaggio, come ci riſerbiamo di fare ne' Capitoli ſeguenti. Per ora ſi fa rilevare la enormiſſima, ed eſorbitante leſione, che ſi arrecò al Signor D. Mario Toſcano colla tranſazione, che ſi eſtorſe da lui per una ſoverchia condiſcendenza del ſuo Tutore ſu i dati certi della ſua ragione nell' eredità anzidetta.

Dal ſemplice confronto, che ſi fa delle ſomme additate di ſopra co' ducati 18000. che ſi accordarono a D. Mario, ſi può con lieve ſguardo ravviſare il gran pregiudizio, e diſcapito, che a lui ne ridondò, atteſo il di lui diritto certo eccede non ſolo *ultra dimidium*, *ſed etiam ultra beſſem*, quello, che in forza della tranſazione venne a riſcuotere. Or ella è maſſima inconcuſſa tra' Dottori più cordati, e gl' Interpetri i più rinomati, autorizzata benanche dall' uſo pratico del noſtro Foro, che ſempre e quando in uno de' tranſigenti ſi ſcorge un pregiudizio ſommo nelle ſue ragioni, di tal che vengano eſorbitantemente leſi i ſuoi intereſſi, in ſiffatte circoſtanze, dovendoſi riputare la tranſazione come originata da un dolo, che diè cauſa al contratto, ſi rende la ſteſſa nulla, ed invalida fin dal ſuo naſcere, nè produce alcuno effetto obbligatorio contro alcuno de' tranſigenti. Forma tal verità un canone inviolabile nella ragion legale, non che nella tritura Forenſe, di cui poche teſtimonianze fa d'uopo arrecare per avvalorarne il tenore. Mi valgo principalmente del Cardinal de Luca, ch' è tra tutti i Forenſi il più ragionante, e ſenſato, le di cui parole quì ſi traſcrivono. *Cum eadem diſtinctione (an ſcilicet admittenda læſio in contractu tranſactionis) inter læſionem enormem, & enormiſ-*

missimam , ut primo casu intret rescissio , cum optione ejus , contra quem intentatur , vel restituendi , vel supplendi justum pretium , cum lucro fructuum medii temporis ; in altero autem læsionis enormissimæ utpote redolentis dolum præsumptum , intret nullitas adimens dictum optionis beneficium, obligatoria quoque ad restitutionem fructuum (1).

Stabilisce dunque il lodato Autore la teoria garantita dal sentimento di tutt' i Dottori, che si possa molto bene impugnare la transazione, semprequando vi concorra la lesione tanto enorme, che enormissima; colla distinzione però, che quando la medesima è enormissima, siccome dee presumersi esservi intervenuto il dolo, così restandone infetta la radice, non può produrre veruno effetto valevole, e rendendosi nulla fin dalla sua origine, obbliga ancora alla restituzione de' frutti. In simil guisa si esprime ancora lo stesso de Luca nel trattato *de Feudis Disc.* 120. *num.* 8. *Quoties magna, & plusquam enormis læsio regulanda non ex solo valore bonorum, vel jurium, sed & exstimatione dubii litis eventus, ex deductis supra, rescindendi facultatem non tribuerat*. Vuole dunque, che la lesione debbasi valutare non già dal solo valore de' beni controvertiti, ma principalmente avendosi riguardo al dubio evento della lite, che si transigge, ed al diritto vicendevole de' contraenti. Fa eco a tal sentimento quello, che si è inalterabilmente osservato nel nostro Foro, di cui ne chiamo garante Donatantonio de Marinis nelle sue Risoluzioni Legali *lib.* 2. *cap.* 233. *n.* 8. *ad* 10. siccome quello, ch' è il più sincero, e fedel testimonio delle opinioni ricevute nelli nostri Tribunali. *In transactione vero, ut dignosci possit quando alter ex transigentibus est enormiter, vel emormissime læsus, erit bene advertendum, læsionem nullo modo considerari posse circa valorem rei, super qua transigitur, & in hoc modo discrepet, cum comuniter receptum sit remedium . . . . Consideratur autem læsio enormis, seu enormissima, habito respectu ad dubium eventum litis, seu causæ, super qua transigitur, v. g. Attenta læsione enormissima, si transigens pro instituta actione acciperet decem, cum experti homines pro jure seu actione illa communiter darent triginta: vel e converso si transigens daret triginta, cum communiter pro jure adversarii non nisi decem dedissent, & attenta læsione enormi, si transigens daret plus dimidia ejus quantitatis, quæ communiter pro jure adversariis daretur: ita sane scripserunt Do-*

(1) *Disc.* 50. *n.* 13. *de alienat.*

ctores non allegandi, qui omnes unanimi consensu admonent &c. Attesta ancora Carlantonio de Luca nelle sue *Meliorat.* al sullodato de Marinis nel luogo citato, che il sentimento di coloro, che opinarono non ammettersi giammai, che s' impugni la transazione, malgrado qualsivoglia lesione e svantaggio di alcuno de' contraenti, non è stato giammai ricevuto nel Foro, ma soltanto si sia sostenuto da alcuni in Cattedra per puro esercizio dell' ingegno, ma non già che sia stata unquemai autorizzata dall' uso pratico del Foro: *Media sententia distinguens est, quod si læsio habita consideratione ad dubium litis eventum excedat dimidiam in modico, non sit locum transactionis rescissioni. At in magno excessu, tunc bene rescindatur, & dolus reipsa intervenit, & si non adfuit lis facilius rescinditur. Quæ sententia est verior juxta Hodiern. Primam opinionem nunquam vidisse admissam tradit Cardinal. de Luca de emption. disc. 27. fuse Urceol. de transactionibus num. 17. quæst. 94. ubi sigillatim contrariis respondet.* Il suddetto sentimento oltre di essere conforme alla ragione, la quale detta, che niuno possa trarre profitto, e vantaggio sull' altrui rovina, viene benanche avvalorato del sostegno legale, giacchè non vi mancano nel corpo del Dritto stabilimenti chiari, e precisi, che lo contestano. Stimo quì arrecare la *L.* 5. del *Cod. tit. de dolo*, di cui ne segno le parole: *Si superstite patre per emancipationem tui juris effecta matri successisti: rebusque tuis per legitimum tutorem patrem eundemque manumissorem administratis, postea transegisti cum eo bona fide: perspicis, quod si pactum tantum factum sit, petitio tua per exceptionem submovetur. Si vero novatio legitimo modo intercessit, & acceptilatio subsecuta est: nullam tibi jam superesse actionem. Sane si læsa es immodice, liberatione solemniter per novationem, atque acceptilationem tributa, non de dolo propter paternam verecundiam, sed in factum actio tibi tribuenda est.* La specie, che occorre nella Legge allegata è la seguente. Una figlia già emancipata avea fatto acquisto del retaggio materno; si era questo amministrato dal padre, il quale per l'amministrazione tenuta volle transiggersi colla figlia; la transazione però riuscì oltremodo lesiva, e perniciosa per i di lei vantaggi; onde volle costei richiamarsi dal contratto già seguito *ex capite immodicæ læsionis*. Ne indirizzò le sue suppliche agl' Imperatori Diocleziano, e Massimiano, i quali oltre che dichiararono la domanda ragionevole, e giusta, ammisero, che se la lesione intervenuta fosse esorbitante, in tal caso potesse la figlia sperimentare contro del padre le sue ragioni coll' azione *in factum*, vietandoli

doli

doli però di avvalersi dell' azion di dolo, giacchè il rispetto sacro dovuto al padre non permettea far uso di un'azione così infame, e degradante. Sicchè dal tenore di tale stabilimento si rileva, che non è sfornita dell' appoggio legale l' opinion di coloro, i quali a buon fondamento sostengono, che si può la parte lesa richiamare da una transazione, in cui l' esorbitante discapito, e lesione fa ravvisare co' caratteri dell' evidenza il dolo, e la frode, che ha dato luogo al contratto, e che lo rende inoperoso, e di niun vigore. Di tal indole dobbiamo indispensabilmente caratterizzare il contratto interceduto tra D. Mario Toscano e D. Vittoria Sambiase; giacchè considerando la ragione, e il diritto di D. Mario, che indubitatamente rappresentava sull' eredità di D. Francesco Mandatoriccio, e riducendola ne' termini più ristretti, ammettendo per poco la posizione di D. Vittoria per gl'interessi del pupillo la più svantaggiosa, sempre giusta il calcolo da noi dianzi rilevato, ne risulta evidente l' esorbitante lesione, che si arrecò sconsigliatamente al pupillo con quella gravosa, e condannevole transazione. Infatti chi è mai quell' Uomo fornito di buon senso, il quale si determini a cedere l' universalità del suo dritto, che l' appartiene su di un patrimonio sì vasto, ed esteso, qual era quello di D. Francesco Mandatoriccio, ascendente a molte centinaja di migliaja, e malgrado l' aperta volontà di un Testatore, garantita da pubblica scrittura, che lo renda di tutto padrone, voglia poi transiggere le sue ragioni per la tenue summa di duc. 18. mila? Come mai si può a giusta proporzion valutare cotal somma all' intiero asse, di cui il D. Mario aveane ottenuto preambolo, e possesso, contradetto sebbene infelicemente in grado di tutti i rimedj, e per cui aveane D. Mario soddisfatto al Fisco il *jus sententiæ*? La transazione dunque, su di cui tanto si fa pompa, non risultò sennonchè da fallacia dell' altra parte transigente, e da una condiscendenza troppo funesta per parte del tutore di D. Mario. Comunque si voglia ella riguardare, incontra degli ostacoli insuperabili, e fanno sì, che non possa affatto reggere, e sostenersi.

Le suddette riflessioni hanno luogo anche quando si vogliano dar per veri i supposti dati di D. Vittoria. Ma noi per maggior sovrabbondanza di ragioni prima di passar più oltre vogliamo divisare di quanto picciol momento erano le di lei vantate pretensioni, che si voleano far valere per escludere D. Mario dall' eredità di D. Francesco Mandatoriccio. La principale pretensione di D. Vittoria nasceva dal Monte di duc. 80. mila, che si credeva eretto da D. Gio: Michele Mandatoriccio avolo

avolo dell'ultimo Duca, al qual Monte pretendea di ſuccedere con eſſerſi avverata la condizion della chiamata nella ſua perſona per la mancanza de' maſchi.

CAPO II.

In cui ſi ragiona del Monte iſtituito da Gio: Michele Mandatoriccio, con dimoſtrarſi l'eſtinzione del medeſimo nel primo grado della di lui diſcendenza, e nel caſo, che ſi voleſſe dir progreſſivo *con eſtenderſi la chiamata alle femine, ſi dimoſtra che allo ſteſſo s'era già adempito.*

D. Gio: Michele Mandatoriccio nell'anno 1622. a 20. Settembre fece il ſuo teſtamento, nel quale dopo aver iſtituiti eredi D. Franceſco, D. Teodoro, e D. Ottavio ſuoi figli fa la ſeguente diſpoſizione -- *Item voglio, che di queſta mia diſpoſizione ſe ne abbia da erigere un Monte di duc.* 80. *mila, a' quali dopo la morte de' predetti Franceſco, Teodoro, ed Ottavio abbia a ſuccedere il primogenito di tutt'i fratelli, e così continuare da primogenito a primogenito in futurum, & interim tutt'i miei beni laſciati, voglio, che ſiano obbligati per l'erezione di detto Monte, quali primogeniti s'intendono gradatim primo quello, che laſcerà Franceſco, dopo Teodoro, e dopo Ottavio ſucceſſivamente conforme la natura l'apporterà maſcoli tantum; e non facendo figli detti fratelli, ſucceda quella, che la Legge ordina; verum a detto fedecommeſſo poſſono ſuccedere le femine in difetto de' maſchi gradatim, come s'è detto*. Da queſte parole aſſumeva D. Vittoria, che avverata ſi era la condizione della chiamata nella ſua perſona; all'incontro per parte del pupillo D. Mario Toſcano ſi replicava eſſere nel caſo preſente mancata la condizione, ed in conſeguenza riſoluta, e ſvanita la ſua chiamata.

La ſua ragione naſceva dal conſiderarſi, che il gravame ſi legge nominatamente riſtretto a tre figli eredi iſtituiti, come ſi vede da quelle parole, *ſe ne abbia da erigere un Monte di duc.* 80. *mila, ai quali dopo la morte di Franceſco, Teodoro, ed Ottavio abbia a ſuccedere il primogenito di detti tre fratelli*. Onde eſſendo poi ſucceduto il primogenito di Teodoro, che fu Franceſco ultimo Duca, reſtò il fedecommeſſo nella ſua perſona eſtinto. Nè può farſi per la ſua morte, benchè ſenza figli, luogo ad altro ſoſtituto ſecondo il Conſiglio 21. di Oltrado; nè tampoco può con ragione dirſi, che l'altre parole immediatamente ſeguenti -- *E così continuare da primogenito in*

pri-

primogenito in futurum. -- importino gravame successivo dell' uno primogenito all' altro, perchè queste vengono dichiarate dall' altre parole, che poi sieguono -- *Quali primogeniti s' intendono prima quello, che lascerà Francesco, e dopo Teodoro, e dopo Ottavio successivamente secondo la natura l' apporterà mascoli tantum* -- Da tali parole si scorge, che il testatore chiamò alla successione i detti primogeniti per sostituzione vulgare, e non già fedecommessaria, cioè che succedesse il primogenito di Francesco in primo luogo; ma non lasciando Francesco figli, succedesse il primogenito di Teodoro; e non avendo nè tampoco questo figli, succedesse il primogenito di Ottavio: e non già che dopo essere succeduto il primogenito di Francesco e morisse, succedesse a questo primogenito il primogenito di Teodoro, e così dopo la morte di questo il primogenito di Ottavio: in modo che s' intendesse l' uno primogenito gravato di restituire all' altro, ma quello, che si fosse ritrovato primogenito dopo la morte di tutti tre i fratelli istituiti, e gravati, avesse a succedere senza ch' esso s' intendesse gravato di restituire dopo la sua morte all' altro primogenito, che fosse superstite, figlio di alcun altro di detti medesimi tre fratelli, ma restavano li detti duc. 80. mila nell' eredità del primo primogenito, che fosse succeduto, liberi, e senza peso alcuno di restituzione, o fedecommesso, siccome a tal proposito scrisse Peregrino *de fideicomm. art.* 18., e *Fusar. de substit. quæst.* 479. & *quæst.* 480. *num.* 68. E questo ancorchè la sostituzione sia de' figli primogeniti, poichè succeduto che sia un primogenito, la sostituzione e fedecommesso deve per necessità di legge cessare.

La verità dell' esposta teoria, che forma un sistema stabile presso la più sana parte de' Forensi, viene maggiormente avvalorata qualora si paragoni l' idea del Testatore corrispondentemente al fatto della lettera del testamento, di cui conviene fare una minuta analisi. Egli dopo aver fatta l' erezione del Monte con avervi invitato il primogenito de' suoi figli, con la soggiunta, *e così continuare da primogenito a primogenito*, indi spiegando come si dovessero intendere le divisate parole, dice così: *quali primogeniti s' intendano gradatim prima quello che lascerà Francesco, dopo Teodoro, e dopo Ottavio successivamente conforme la natura l' apporterà.*

Or quì gioverà riflettere, che se il Testatore non avesse soggiunte queste ultime parole, che appalesano la sua volontà avrebbe potuto muoversi dubbio, se mai la chiamata antecedente, con cui disse *e così continuarsi da primogenito a primogenito* inducesse

tratto

tratto progressivo di chiamate primogeniali in forza di una sostituzione fedecommessaria; ma nel rincontro di cui si tratta ogni dubbio il Testatore medesimo volle luminosamente schiarire coll'avere ordinato, che fossero i primogeniti soltanto chiamati in forza di una volgare sostituzione gradatamente, cioè *in mancanza di primogeniti di Francesca sostituiva quello di Teodoro, ed in mancanza del primogenito di Teodoro, chiamava quello di Ottavio*, il che altro non importa, che una semplice sostituzione volgare, la quale si estingue, e svanisce subito, che si da luogo alla prima chiamata con essersi una volta adempiuta la condizione, nè ad altri può estendersi. La volontà dunque del Testatore colle parole da lui apposte dilucidano ogni dubbiezza, e fa vedere chiaro ch'egli rimase nell'idea già dichiarata colla divisata disposizione di volere una semplice volgare, e la sua soggiunta deve assolutamente servire a quella di norma, e di spiega. In fatti se il Testatore avesse dimostrata l'enissa sua volontà di un tratto progressivo nella successione del Monte da lui eretto, non l'avrebbe certamente ristretto al primo, e secondo grado, com'egli certamente ha fatto con invitare solo a succedere i nipoti primogeniti. Nè è lecito, essendo i fedecommessi per loro indole odiosi, come attestano i Forensi, estendere le chiamate da persona a persona, da caso a caso, e da tempo a tempo.

E che sia così, è degno di riflettersi, che niuna remora debbono produrre nelle persone versate nel Dritto, quelle parole aggiunte nella chiamata, *e così continuarsi da primogenito in primogenito in futurum*; imperciocchè le medesime essendo state dal Testatore dichiarate, e spiegate si debbono in conformità delle seguenti parole declarative interpetrare, cioè per quella restrizione, o estensione di gradi, per cui ella è concepita. Sicchè essendo stata la disposizione anzidetta ristretta al primo, e secondo grado soltanto, ed in forza di volgare, debbono a quella riferirsi le suddette parole da *primogenito a primogenito in futurum*.

Questo nostro assunto viene luminosamente schiarito con altra riflessione, la quale nasce dalla massima ricevuta, che la chiamata fatta in forza di una volgare non può obliquarsi ad un tacito fedecommesso. Tale dottrina viene comprovata da un Responso del Giureconsulto Ulpiano nella *L. Verbis civil. 7. D. de vulgari* colle parole seguenti: *Verbis civilibus substitutionem post quartum decimum annum ætatis, frustra fieri convenit: Sed qui non admittitur ut substitutus, ut adjectus heres, quandoque non erit, ne fiat contra voluntatem, si filius non habeat*

beat totum interim, quod ei testamento pater dedit.

Per conoscere quanto sia applicabile la suddetta Legge al caso di cui si tratta, conviene riflettere che si ha riguardo alla circostanza, in cui il padre nel fare la sostituzione pupillare al figlio, abbia oltrepassato il decimo quarto anno. Si domandò al Giureconsulto, se non potendo valere detta sostituzione in vigore di pupillare diretta, si facesse valere come fedecommessaria. Al Giureconsulto sembrò ciò una stranezza, giacchè la sostituzione concepita con parole dirette non poteva, come non può, farsi ravvivare con obbliquarsi in un tacito fedecommesso. In somiglianti circostanze possiamo francamente conchiudere col Giureconsulto, che essendo stata fatta la chiamata da D. Francesco Mandataricci seniore *per vulgarem* (cioè in mancanza de' figli di D. Ottavio chiamò i figli di D. Teodoro, ed in mancanza di questi i figli di D.Ottavio) non può la medesima obbliquarsi, e farsi ravvivare in un fedecommesso progressivo tacito, giacchè l' effetto della volgare è di caducarsi nella persona del primo chiamato acquirente.

Il suddetto assunto, che forma un sistema generalmente adottato da' Pratici, e Forensi, viene ancora avvalorato dalla notissima teoria di Cumano nella *L. cum ita §. in fideicommissis. D. de legat.* II., da cui non si dipartono giammai le giudicature de' Tribunali di Europa, i quali l'hanno universalmente approvata. Il suddetto valentissimo Dottore sostenne in un caso consimile, che se un Testatore istituisca un erede, ed a costui sostituisca i figli, e i discendenti, i beni non dovessero passare per ragion fedecommessaria a tutta la discendenza, ma che la chiamata debba intendersi per sostituzione volgare, che termini nel primo de' sostituti. Questo sentimento che viene riputato come un assioma legale nel Foro, come lo attesta Menochio *Cons.* 85. *num.* 82., e *Fusar. quaest.* 382. mette l' assunto da noi proposto nel massimo punto di evidenza, e ne forma la dimostrazione completa. In fatti essendo stata la volontà del Testatore di chiamare prima il primogenito di Francesco, e poi degli altri figli con una volgare, non può da questa malgrado le altre parole *e così continuare da primogenito a primogenito*) farsene illazione per l' ulterior progresso della sua discendenza, essendo questa l'indole della volgare, che coll' ammissione dell'uno, gli altri si debbano riputare onninamente esclusi, giacchè s' intendono chiamati in forza di una tacita condizione, che il primo non acquistasse l' eredità, o il prelegato, a seconda dell' additata teoria.

Debbono dunque a tenore delle regole più sicure della ragion legale

gale le arrecate parole: *e così continuare da primogenito in primogenito in futuro*, interpretarsi in guisa, che non siano difformi dalla disposizione principale, ma piuttosto secondo la natura della medesima. Quindi essendo la principale disposizione concepita per volgare diretta, non può essere obliquata dalle clausule accessorie fuori la sua indole, perlocchè restando svanita, e spirata la vulgare col primo acquirente, restano inutili dette clausule, ma soltanto operative, quando il primo, o il secondo, o altri non avessero acquistato, cioè quando non si fosse fatto luogo alla prima chiamata.

Da quanto si è dimostrato par, che si possa francamente rilevare, che nel Monte istituito da Gio: Michele Mandatoricci non vi fu una chiamata progressiva, come si volea far credere da D. Vittoria, ma soltanto una sostituzione volgare in forza della quale erano chiamati, prima cioè il primogenito di Francesco, e mancando questo, il primogenito di Teodoro, ed in mancanza di questo, quello di Ottavio. Or essendo l'indole della volgare di restare estinta, e caducata nel darsi luogo al primo chiamato, ne segue secondo il sentimento e la teoria di Cumano adottata per generale sistema de' Tribunali, che nella di lui disposizione non vi si debba riconoscere veruno tratto progressivo di chiamate primogeniali, come fuori di ragione si pretendeva da D. Vittoria.

Ma ciò, che maggiormente richiamar dee l'attenzione di chi dovrà decidere sull'esistenza del voluto Monte, è per lo appunto l'osservarsi dalle parole del testamento, che il testatore non chiamò al godimento di detto Monte le femine nel tratto successivo, ma solo si vede apposta la loro chiamata ristretta al solo caso, che i tre fratelli non facessero figli mascoli. Io fingo, per poco di esser d'accordo coll'Avversario, che avesse il testatore con quelle parole *da primogenito in primogenito in futurum*, avuta la mira di perpetuare i gradi della sostituzione anche nel tratto successivo; non perciò avea diritto D. Vittoria Mandatoriccio di aspirare alla successione del valore del Monte. Chiunque con occhio d'imparzialità vuol contentarsi di leggere, e riflettere l'espressioni del testatore, sarà convinto pienamente. Di fatto si ravvisa, che in ogni modo la sostituzione, e chiamata delle femine si legge espressamente ristretta al caso, che i tre fratelli istituiti non procreassero figli maschi; giacchè dopo fatta la sostituzione immediatamente dopo le suddette parole *mascoli tantum*, aggiunge, *e non facendo figli detti tre fratelli, succeda quella, che la Legge ordina, verum a detto fedecommesso possono succedere le femmine in difetto de' mascoli gradatim.*

Da

Da tali parole ad evidenza si ravvisa, che la chiamata delle femine è ristretta al solo caso, che i tre fratelli non facessero figli maschi, e *gradatim*; cioè chiamando prima le femine figlie di Francesco, poi quelle di Teodoro, e poi quelle di Ottavio. Di talchè avverandosi il caso, che uno de' suddetti lasciasse figli maschi, le femine rimanessero escluse, restando per l'esistenza di essi maschi *post mortem* di essi tre fratelli, estinta la sostituzion delle femine. Non fa d'uopo per sostegno di tal assunto compruovarlo coll'autorità de' Dottori; giacchè la lettera del testamento ci trae da ogn'impaccio. Accenno solo Peregrino *de fideicomm. art.* 15. *num.* 28. ed altri, che quivi si leggono rapportati. Era dunque un sogno, una sola ciò, che con tanto specioso apparato si produsse in iscena da D. Vittoria Mandatoriccio, ad oggetto di escludere il pupillo D. Mario, sulla supposizione di un Monte ideale, a cui credea ella di venire *ex propria persona* chiamata.

Ma questo è poco; giacchè l'erezione del Monte s'era già adempita, di tal che anche qualora la chiamata delle femine fosse stata progressiva, non era nel caso D. Vittoria di poterne pretendere un altro. Seguita la morte di Gio: Michele nell'anno 1622. i di lui figli convissero in comune fino all'anno 1630.. In tal tempo avvenuta la morte di D. Francesco primogenito di Gio: Michele, sursero alcune contese tra' due fratelli superstiti Teodoro, ed Ottavio, i quali dopo aversi spedito il preambolo del premorto fratello (1), devennero ad una convenzione, con cui restò sopita ogni briga. Con siffatta convenzione si divisero il prezzo del feudale, quale venne liquidato, netto di debiti per duc. 62. mila (2). Si convenne di più, che tutti i debiti sul feudale restassero a peso di Teodoro, e che ad Ottavio si assegnassero duc. 20. mila e 700. liberi, ed esenti da qualunque peso; restando detto prezzo burgensatico come valuta di feudi nuovi. Dippiù in detto istromento si convenne, che restassero assegnati li duc. 20. mila e 700. per lo Monte istituito dal comun padre Gio: Michele, come anche il rimanente del prezzo, e che si obbligassero i detti fratelli al multiplico, per completare la somma de' duc. 80. mila, attesochè s'era liquidato netto di debiti per duc. 62. mila. Ciò posto, se si era fatto il caso dell'assegnazione del Monte sul prezzo del feudale, come mai potea aver diritto D. Vitto-

ria

(1) *Fol.* 53.
(2) *Fol.* 91. & 99. *a t.*

ria di negare al fratello la libera disposizione del burgensatico? Avrebbe forse potuto, qualora a lei fosse appartenuta la successione del Monte, quando accadde la morte dell'ultimo Duca, domandare il supplemento se non valessero i feudi duc. 80. mila; ma ciò nemmeno avea luogo sì per l'aumento del tempo, che aveano ricevuto detti feudi, sì anche perchè, tolti i debiti, e pesi intrinseci dall'ultimo Duca Francesco, giungeano al valore de' duc. 80. mila, e ciò avendosi riguardo al tempo della compra.

Recherà meraviglia per avventura agli Avversarj quello, che da noi si è stabilito per certo, ed incontrastabile, cioè, che avessero potuto i figli di D. Gio: Michele Mandatoriccio costituire il Monte di duc. 80. mila sul valore de' beni feudali. Rifinir però dovranno le loro meraviglie, quando avranno considerato, che trattavasi allora di valore di feudi nuovi; giacchè lo stesso Gio: Michele era stato il primo acquirente de' feudi. L'indole di tali feudi, come è risaputo da chiunque ha gustate le prime nozioni della Ragion Feudale, esigge, che il prezzo di quelli dee riputarsi relativamente a' figli, *ac si esset repositum in arca patris*, in guisa, che riputandosi come ancora esistente il prezzo impiegato per la compra fattane, sono nel dritto i figli del primo acquirente di succedervi egualmente, e possono disporne a loro talento. Una siffatta teoria non fa d'uopo per comprovarla ricorrere alle autorità de' nostri Dottori; poichè gli esempj giornalieri delle giudicature de' Tribunali ce ne chiariscono appieno. Soggiungono i Feudisti, che tal dritto de' figli sul Feudo nuovo, per riscuotere la tangente del suo valore, deve a buona ragione considerarsi come un peso intrinseco del feudo del pari, che la legitima, il paraggio, o la vita e *militia*, che anche sono pesi inerenti al feudo medesimo. Contesta simile dottrina il nostro Gio:Leonardo Rodoerio nelle sue *addit. ad de Marinis resolut. juris Cap.* 128. *num.* 17. colle seguenti parole: *Postremo noto, quod secundogenitus frater, cui pars pretii feudi novi debetur, habet pro illius consecutione, non solum simplicem personalem actionem contra primogenitum, sed etiam actionem personalem in rem scriptam, ita ut distracto feudo, sibi debito nondum soluto, & fratre solvendo non existente potest contra tertium illius possessorem agere, ut plene probat Camillus de Medicis Consil.* 124., *ubi partem pretii onus intrinsecum feudi appellat, ad instar legitimæ, seu paragii, ac vitæ militiæ*. In simil guisa si esprime Camillo de Medicis rapportato da de Marinis, le di cui parole molto contribuiscono a chiarire quest' assunto. *Ex his enim*

fit,

fit, secundogenito deberi partem pretii, quia exclusus a portione feudi: & primogenitum teneri ad illam præstandam, quia feudum præcipuum habet, quod indivisibile est, adeoque pars prætii videtur esse quoddam onus debitum occasione feudi; seu quod insit ipsi feudo; seu (proprius loquar) onus intrinsecum ipsi feudo, & non extrinsecum, & ut onus intrinsecum sequitur rem, quæ si non præstatur in corpore, præstatur in exstimatione. Consil. 124. num. 10. & 11.

Or premessi i suddetti principj fondamentali, se son nel pieno diritto i figli del primo acquirente del Feudo, di potere del valore di quello disporre a loro grado, succedendovi egualmente, se ciò dee considerarsi come un peso intrinseco, e innato del feudo istesso, chi potrà mai dubitare, che i figli di Gio: Michele Mandatoriccio ben poteano con istromento di divisione del 1630. formar l' erezione del Monte ordinato da Gio: Michele sul valore de' feudi da lui rimasti, di cui con pieno arbitrio potevano disporre? Non eravi bisogno certamente di assenso; giacchè il ministero della Legge glie nè accordava il libero permesso.

Prescindendo da tali riflessioni, siccome nel nostro Regno i feudi sono quasi tutti di natura misti, di guisa che colla qualità di essere *ex sanguine legitimo discendente*, si richiede ancora congiunta la qualità ereditaria, così ne siegue, che volendo D. Vittoria aspirare alla successione de' feudi, doveva *agnoscere onus inhærens ipsi feudo*, qual' erano appunto le tangenti del prezzo di quello, ch' erano appartenenti a' di lei zii D.Francesco, D. Teodoro, e D. Ottavio. E quando tal peso non avesse voluto riconoscere, era ella nell' obbligo d' indennizzare, e sodisfare in denaro le suddette tangenti al legitimo erede de' suddetti di lei zii, ch' era stato D. Francesco Juniore, e per esso al pupillo D. Mario Toscano. Non può dubitarsi adunque, che non potea D. Vittoria far a meno, o di riconoscere il peso del Monte sul valore de' feudi, alla di cui successione aspirava, oppure quando a ciò contradicesse, doveva indispensabilmente pagare a pro di D. Mario Toscano le rate del prezzo de' feudi, che si dovevano a' figli di D. Gio: Michele Mandatoriccio, di cui il suddetto D. Mario era erede per l' intermezza persona di D. Francesco ultimo Duca. Comunque si volga lo sguardo si conoscerà luminosamente, che il Monte, su di cui fondò il punto di appoggio delle sue ragioni D. Vittoria, non dovea pregiudicare le ragioni, che vi rappresentava D. Mario Toscano, giacchè questo o non si doveva a lei, perchè la chiamata non era progressiva a pro delle femine, o quando si vo-

les-

lesse capace D. Vittoria di aspirarvi a succedere, non poteva pretendere l'erezione sul Burgensatico, avvegnacchè erasi quello una volta stabilito sul valor feudale, nè era d'uopo darsi luogo alla novella erezione. Falsamente si asserì dunque nell'istromento di transazione, che dovea D. Vittoria riscuotere il Monte di ducati 80. mila sul Burgensatico, giacchè ad una tale erezione erasi già dato luogo, come sopra si è divisato, e fu doppiamente falsa l'assertiva, per essersi supposta certa la chiamata a di lei vantaggio, quando che a lei in niun conto poteasi appartenere per le ragioni da noi additate.

Il risultato delle suddette riflessioni è certamente quello, che chiunque vorrà analizzare la voluta transazione, su di cui si fonda il grandioso edifizio delle ragioni di Sambiase, a considerarla con occhio imparziale, la dovrà sicuramente caratterizzare come un ammasso d'irregolarità, esorbitanze, e lesioni con cui si tolse dalle mani del pupillo D. Mario Toscano la pingue eredità del Duca Mandatoriccio, per soverchia condiscendenza del suo Tutore, inteso soltanto ad aderire agl'interessi, ed alle mire di D. Vittoria.

C A P. III.

In cui si dimostra, che la proibizione d'alienare, ingiunta dal Testatore D. Francesco Mandatoriccio a vantaggio della famiglia Toscano per la di lei conservazione con parole di perpetuità, costituisca un fedecommesso perpetuo discensivo.

Ella è massima conta, e palese, che il divieto d'alienare ingiunto dal Testatore al di lui erede, allora quando non si si viene ad esprimere la certa determinata persona, o famiglia, in grazia di cui si serbano i beni, rimane ne' termini di un nudo consiglio; nè induce fedecommesso. Egli è certo però, ed indubitato del pari, che quando il Testatore soggiugne la ragion finale, a cui erano dirette le sue mire nel far quel divieto a pro di persona, o famiglia, si viene con ciò ad indurre un fedecommesso reale a pro di quelli, che sono della famiglia contemplata. La Legge *Divi Severus*, & *Antoninus* (1) su tal riguardo pare decisiva. Nel caso presente si è veduto, ed apparisce dal tenore del testamento, che D. Francesco

(1) *Leg. 114. ff. de Legatis prim.*

cesco Mandatoriccio ebbe in mira il decoro della famiglia Toscano, da lui con ispecial maniera contemplata, quando ordinò, che i suoi beni non venissero giammai distratti, ed alienati *ullo unquam tempore*; ma che dovessero rimanere nella famiglia, del suo erede e successori, come dal Testamento (1). Dunque forza è conchiudere, che ivi siamo nel caso della legge, cioè di riconoscervi un perpetuo familiar fedecommesso. Siffatta Teoria ci viene anche stabilita, e compruovata dalla *leg.69.* §.3. *ff. de Legatis secundo*, dove si decide da Papiniano un caso consimile: *Fratre herede instituto petit ne domus alienaretur, sed in familia relinqueretur, si non paruerit heres voluntati, vel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt. Quid ergo si non sint ejusdem gradus? Ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus, nec tamen ideo sequentium causa in posterum lædi debet, sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cavere se familiæ domum restiturum*. Non avvi luogo di contrastare a fronte della Legge parlante, che la proibizione d'alienare soggiunta a riguardo d'una famiglia, al di cui decoro eran rivolte le mire del testatore, induca un fedecommesso perpetuo a favor di coloro, che sono della famiglia stessa. Nè può essere ristretta tal proibizione soltanto a' figli di primo grado, ma si diffonde, e propaga nell'ulterior discendenza, fino che vi saran persone diramate dalla famiglia stessa. Ciò si deduce con gran ragione dal medesimo responso del tanto rinomato Papiniano, il quale non altrimenti ammise quei della famiglia al godimento del fedecommesso, se non coll'obbligo preciso di doverlo a' superstiti della famiglia restituire, locchè certamente non avrebbe Papiniano creduto, se non ci avesse considerato un fedecommesso col tratto progressivo. Per dilucidare tal teoria stimo soggiungere quella saputa distinzione, che si ammette da tutti i DD. tra fedecommesso familiare puro, e condizionale. Tal distinzione nasce dalla diversa maniera, con cui si esprime il Testatore, quando a'suoi eredi proibisce di alienare i beni ereditarj. Il fedecommesso puro s'intende quante volte il Testatore lascia i beni a dirittura alla famiglia del suo erede, di tal che non occorre, che c'intervenga il fatto dell'erede medesimo. Fedecommesso poi familiare condizionale si appella, quando il Testatore nell'atto, che proibisce all'erede di alienare, gl'impone, che conservi i beni nella famiglia. In diversa guisa si regola il Fe-

(1) *Fol.* 58. *prim. vol.*

decommesso puro dal condizionale : e varj ancora sono gl effetti, che ne risultano. Nel primo caso i beni soggetti passano dopo la morte dell' erede al più prossimo della famiglia, per la provvidenza del Testatore, senza che l' erede medesimo sia nel dritto di poter posporre il più prossimo, e prescegliere il rimoto anche della famiglia. *L. cum ita §. in fideicommisso ff. de legatis secundo*, *Leg. ultima de verb. signif.* Nel secondo caso d' un fedecommesso familiare condizionale è nel dritto l' erede gravato, di poter prescegliere il più rimoto della famiglia, e posporre il più prossimo ; nè ciò facendo controviene alla volontà del Testatore, la quale altro da lui non esigge, se non di lasciare i beni nella famiglia, e ciò si esegue tanto con prescegliere il più prossimo, che il più rimoto: locchè si ravvisa dalla *leg.* 114. §. 15. *&* 17. *ff. de legatis secundo*. Ma stimo a proposito rischiarare la sudetta dottrina colle parole di Perezio nel *Comment. ad Codic. tit. Communia de legatis num.* 23. *Aliud namque juris est, si testator probibendo alienationem fundi dixisset se illum familiæ suæ relinquere ; quoniam eo casu proximus quisque admittitur, nec est in potestate heredis gravati ordinem dispositionis mutare, nec efficere quominus proximior non succedat. At nostro casu quo testator vult ut fundus relinquatur in familia, nihil faciet heres contra voluntatem defuncti testando, vel alienando intra familiam, etiamsi id in remotiorem fiat ; dict. leg.* 114. §. 15. *Etenim valet semper illa jurisconsulti ratio, verum esse in familia reliquisse, licet uni reliquisset dict. leg.* 8. 17. *Nec testator mandans fundum in familia relinqui, idcirco ipse relinquit familiæ; sed heredis fidei committit, ut relinquat, ac proinde in ejus ponit arbitrio cui velit relinquere, dummodo uni ex familia relinquat.*

Nel nostro caso non può punto esitarsi, che il Testatore si valse di espressioni inducenti un fedecommesso familiare condizionale, in forza di cui è lecito sempre a que' della famiglia Toscano di prediligere sì per atti tra vivi, che di ultima volontà, chi meglio l' è a grado, o uno, o più, tanto se sia più rimoto, che più prossimo. Basta solo, che abbiano il carattere di essere della famiglia Toscano.

Spiegata già l' indole del fedecommesso di cui trattiamo, ripigliando il corso delle nostre idee, ci facciamo più da vicino all'assunto. Le parole, che ci addita il Testamento di D. Francesco Mandatoriccio colla proibizione di alienare ingiunta all' erede D. Mario, debbono importare un fedecommesso, perchè si ebbe riguardo alla conservazione della famiglia Toscano, di cui gran contrassegno deve riconoscersi l' averli ordinato di assu-

ſumerne perpetuamente il cognome, locche induce un perpetuo favore dell' agnazione.

Si potrebbe quì fare una objezione, la quale a prima viſta potrebbe ſcuotere l'animo di chiunque, quando non ſe ne analizzerà il valore.

La proibizione di alienare abbenchè concepita con termini di perpetuità non può indurre un fedecommeſſo, quando ella è ſoggiunta ad una ſoſtituzione riſtretta al primo grado, giacchè in tali circoſtanze il divieto aggiunto dal Teſtatore dee a quella rapportarſi, ne deve eſtenderſi più oltre, anche perchè altrimenti la ſoſtituzione ſi renderebbe inutile, perchè compreſa nel fedecommeſſo.

La riſpoſta a tale argomento è intereſſante, onde merita l'attenzione. Io voglio accordar per poco, ciocchè per altro è ſuſcettibil di plauſibil contraſto, che la proibizione di alienare appoſta dopo la ſoſtituzione ſi debba a quella riferire, nè più oltre eſtenderſi, ma ciò potrebbe aver luogo quando tal divieto ſi ſoggiunga come una clauſula acceſſoria immediatamente dopo la ſuſtituzione ordinata, giacchè allora ſi potrebbe forſe preſumere, che il Teſtatore l'aveſſe aggiunto *tamquam ex abundanti*, per vieppiù convalidare la ſoſtituzione da lui ordinata. Non può però tal dottrina aver luogo, quando il divieto d'alienare non ſi vede ſoggiunto, come una clauſula acceſſoria immediatamente dopo la ſoſtituzione, ma ſibbene in un Capitolo ſeparato indipendentemente dalla ſoſtituzione medeſima, perchè allora *prohibitio alienandi ſtat per ſe indipendenter a ſubſtitutione*, ne ha d'uopo di prender vigore da quella. Nel caſo noſtro D. Franceſco Mandatoricci, dopo avere ordinata la ſoſtituzione la prima a favore di D. Pompeo Toſcano, e la ſeconda a pro della Caſa Santa di Ave Gratia plena, non ſoggiunge verun divieto, ma fa paſſaggio ad ordinare tanti legati, ed altre particolari diſpoſizioni. La proibizione di alienare poi ſi ravviſa in un articolo ſeparato verſo il fine del Teſtamento, e ciò con parole così pregnanti, che non ammettono reſtrizione.

Nè vale il dire, che interpretandoſi tali parole come di un fedecommeſſo familiare perpetuo, ne ſeguirebbe che ſi renderà inutile la prima ſoſtituzione. In fatti il Teſtatore nell' ordinare la ſudetta ſuſtituzione previde due caſi, il primo dell' eſtinzione della famiglia Toſcano nel primo grado colla morte di D.Mario, e D.Pompeo ſenza figli, ed allora ſoſtituì la Caſa Santa. Il ſecondo era dalla propagazione della famiglia e diſcendenza, ed in tal caſo ingiunſe il perpetuo divieto di alienare, per la conſervazione, e decoro della famiglia medeſima. Ciò poſto non ſi rende eluſoria la prima parte del Te-

ſta-

ſtamento relativamente alle due ſoſtituzioni, giacchè il Teſtatore con ciò volle prevedere il caſo dell'eſtinzione della famiglia nel primo grado, ed aggiungere una nuova chiamata a vantaggio della Caſa Santa di Ave Maria gratia plena. Dunque abbenchè nel ſeguente divieto di alienare ſi fuſſe tacitamente compreſa la ſoſtituzione a pro di D. Pompeo, non ſi ci potea però includere l'altra chiamata a pro della ſudetta Caſa Santa.

Dalla ſudetta rifleſſione ſi può chiaro ravviſare, che non può reggere il contrario aſſunto in voler riſtretta la proibizione d'alienare ai gradi dell' antecedente ſuſtituzione, e ciò sì perchè ſi vede tal divieto ingionto in Capitolo ſeparato del Teſtamento, ſi anche perchè colla prima ſoſtituzione volle il Teſtatore provvedere al caſo da lui previſto, di eſtinguerſi la famiglia Toſcano nelle perſone di D. Mario, e D. Pompeo, con invitare la ſudetta Caſa di Ave gratia plena, e colla ſeconda prevedendo la durazione, e propagazione della diſcendenza, volle il Teſtatore provvedere al luſtro, e decoro della famiglia Toſcano, col fedecommeſſo perpetuo. Onde ſiccome diverſi erano quelli oggetti, a cui avea rivolte le mire il Teſtatore, in diverſe guiſe dovè eſprimerſi a ſeconda delle diverſe diſpoſizioni, che intendea fare. Credono perciò, ed a gran fondamento ſi luſingano aver dimoſtrato i fratelli Toſcano, che il loro dritto naſcente dalla provvidenza del Teſtatore non poteali venir pregiudicato da chiunque de' loro antenati.

Per qualunque rapporto ſi voglia rimirare la pretenſione de'fratelli Toſcano, ella è ſempre garantita dal favor della legge, e della ragione. Il contratto fatto da D. Domenico Amalfitano, Tutore di D. Mario, e D. Vittoria Mandatoricci, tutto a fine di compiacerla, è nullo perchè mancante di tutti i ſolenni, che doveano darli il vigore, e la forza è nullo perchè la leſione, che contiene a di lui ſvantaggio, con eſſerſi ſagrificati gl' intereſſi del pupillo ſu di un vaſtiſſimo retaggio, non può affatto farlo reggere, e ſoſtenere; è nullo perchè le pretenſioni, che ſi produſſero da D. Vittoria per colorirlo, erano tutte ideali, e chimeriche; e finalmente è nullo perchè il dritto de' fratelli Toſcano, in forza della volontà del diſponente, non potea venirli pregiudicato. Se ſi farà dunque prevalere la ragione, e la legge, come ci fa ſperare l'illibatezza, ed alti lumi di quel Perſonaggio a chi dovrà eſſere umiliata la preſente ſcrittura, la tranſazione già fatta non meriterà veruna eſecuzione.

Napoli 4. Febbrajo 1795.

Gaetano Toſcano.

Copia &c.

J. M. J. = In Dei nomine. Amen = Testamento in scriptis chiuso, e suggillato, che mi faccio io Francesco Mandatoricci Duca di Crosia, quale voglio, che vaglia come Testamento in scriptis, chiuso, e suggillato con tutte le clausule necessarie, & opportune, & in tal modo non valesse, voglio, che vaglia come Testamento nuncupativo, come Codicillo, Legato, Donazione causa mortis, & d'ogn' altro miglior modo, e questa voglio, che sia la mia ultima volontà, cassando ogn' altro Testamento, che jeri 16. del corrente consignai chiuso, e siggillato a Notar Biase Lombardo, stante me l'ho fatto dal medesimo restituire, e l'ho aperto, e lacerato = E perchè l'Anima è più degna del Corpo; però considerando io il stato humano misero, e caduco, e che l'hora della morte è dubia, & incerta, & ogni buono, e fedele Cristiano deve in quella pensare, primieramente raccomando l'Anima mia all' onnipotente Iddio, alla gloriosa Vergine sua Madre, & a tutti li Santi miei Advocati, come a S. Anna, S. Nicola, S. Domenico, S. Francesco di Paula, S. Antonio di Padua, la Ss. Vergine dell' Immacolata Concezione: S. Angelo mio Custode, & a tutti gli Angeli, e Beati della Celeste Patria, pregandoli, che mi giovino, ed aggiutino nel punto estremo della mia morte =

Item lascio, che il mio Corpo sia sepellito nella Chiesa del Monistero di S. Francesco di Paula fundato dal mio Avo in questa Terra di Calopezzati, e proprio nella Cappella dentro l'Altare Maggiore di detta Chiesa, volendo, che sia sepellito coll' abito di detto glorioso S. Francesco ordinando alli sottoscritti miei eredi, che mi facciano un tumolo honorato, e decente di marmo, dove li miei uniscano tutte le altre ossa di miei Antenati congionti nel sangue, che si trovano in detta Cappella = E perchè l'Istituzione degli eredi è capo, e principio di qualsivoglia Testamento per questo io predetto *Testatore istituisco, creo, e faccio mio herede universale, e particolare sopra tutti miei Beni, Mobili, e Stabili &c. burgensatici, e feudali, & emoventi præter agli infrascritti Legati a Mario Toscano figlio del qu. Signor D. Giuseppe Toscano mio zio, con patto espresso, e condizione, che debbia mettersi il mio Cognome, e Casa Mandatoriccio, e lasciare del suo Cognome di Toscano con formar sempre per sua Impresa le mie Armi.*

Item lascio la Signora D. Caterina Rocco mia dilettissima & amatissima Sposa, la quale per spazio di dieci anni in circa ha giaciuto con me domina, e padrona di tutto il mio avere, cos-

così feudale , come burgensatico, e di tutto il mobile della mia Casa, come giace, e consiste , osservando però Letto vedovile , e lascio tutrice , & amministratrice di detto Mario mio erede, con l' onnimoda potestà che dalla Legge è permesso , e voglio che dopo due giorni al più seguita la mia morte, debbia fare l' Inventario di tutta la mia Eredità, con tutte le clausule necessarie , & opportune, e volendo detta mia carissima moglie maritare , si contenti pigliarsi li docati diece mila, che mi portò di dote, qual dichiaro averli ricevuti, ed oltre di ciò per buona Moglie, che mi è stata, e per affetto, che li porto, li lascio altri docati *diecimila* da pigliarseli sopra detta mia eredità tra lu spazio di quattro anni , & accettando detta Tutela, sia tenuta, & obbligata accettare, tenere, & educare detto Mario Toscano mio erede, come mio figlio proprio, e suo, alimentandolo, e crescendolo con tutti quelli esercizj appartenenti ad un Cavaliere , o bisognando di mandarlo in Napoli per apprendere ogni esercizio cavalleresco sotto la protezione di D.Antonio Ravaschiero mio amatissimo Cognato, lo facci con ogni puntualità.

Item priego il Signor D. Domenico Amalfitano Marchese di Crucoli mio carissimo Patrone e Compare, e come Patrone amatissimo che si compiaccia accettare con detta mia amatissima Consorte la suddetta tutela & assistere a fare l' Inventario di tutto il mio Avere, e per ricompenza dell' affetto , che porta al medesimo, e per il peso, che per amor mio dovrà portare per detta tutela gli rilascio docati cinquecento, che pochi mesi sono l' ho prestato.

Item lascio a D. Vittoria Mandatoricci mia sorelle legittima, e naturale ducati sei mila , oltre ducati quattromila, che l'ho promesso, e consignato per le sue doti , conforme appare per recevute, e bilancio di conti fra me, ed il Signor D. Giuseppe Sambiase suo marito, *ut in fasciculo* della scrivania ricamata, dentro lo studio, quali voglio, che li si paghino dal mio erede, e Tutori fra lo spazio di dodici anni , cioè alla ragione di ducati 500. l'anno , *e detti ducati seimila s' intendono lasciati per avanza , ed aumento di dote* , stante la rinuncia fatta dalla medesima innanzi la Matrice Chiesa di Calopezzati, e però detti ducati seimila le si lascino *gratis* per aumento di dote, come di sopra , con condizione espressa però, e non altrimenti, che non contentandosi detta mia Sorella di detta mia gratitudine, movendo lite, o molestando detto mio erede, e tutori proibisco espressamente, che li si doni cosa veruna, mentre li detti ducati quattromila ricevuti come di sopra,

pra, delli quali se ne chiamò ben contenta, uniti colli ducati seimila lasciati, che le siano pagati, come di sopra è quanto può sperare, o prerendere, stante li molti pesi di debiti, che lasciò la B. A. di nostro Padre Teodoro Mandatoriccio, come nel Testamento di detto nostro Padre, e può deponere questo mio Vassallaggio, che sa l' avanzo fatto colle mie industrie, e giudizio, che mi ha donato Iddio benedetto.

Item dichiaro, e voglio, che quando, *quod absit* morisse detto mio erede Mario, al quale d'adesso scrivo il mio cognome di Mandatoriccio, senza figli leggitimi, e naturali discendenti dal suo corpo, *voglio, che succeda in detta mia eredità il suo fratello Pompeo Toscano medesimamente figlio del Signor D. Giuseppp Toscano, con li patti, e condizioni poste per detto Mario, videlicet di mettersi il Cognome mio di Mandatoriccio, e fare per sua Impresa le mie Armi, & in caso quod absit morissero ambidue senza figli legitemi, e naturali descendenti da loro Corpi, in tal caso voglio, che la mia eredità succeda, ed abbia da succedere alla Casa Santa della SS. Annunciata di Napoli, con che dalla entrade di detta eredità n' abbia detta Casa Santa di fare tanti beneficj, e celebrare tante messe per l' anima mia, di miei antenati, e benefattori.*

Item lascio per l' anima mia, suffraggi di miei antenati tutto lo credito, che devo conseguire sopra il Feudo dell' Arso, seu Apicello al Venerabile Monisterio di S. Domenico nuovamente eretto nella Città di Rossano, tanto la sorte principale, quanto l' attrassi, con tutti quelli jussi, e ragioni, che posso pretendere, e mi si devono sopra il detto Feudo dell' Arso, tanto del credito, che tengo contro li Signori Caposacchi, quanto contro gli eredi del qu. Notar Lelio Giannuzzi, quali Istrumenti, e Scritture voglio, ed ordino, che dopo otto giorni seguita la mia morte, siano subito consignati al detto Venerabile Monisterio di S. Domenico in detta Città di Rossano, e per esso al P. Priore *pro tempore* di detto Monistero, con peso, che detti PP. di detto Monistero abbino da celebrare per suffraggi dell' anima mia, e de' miei Antecessori quattro messe lette la settimana, & ogni anno habbino da celebrare l' anniversario, e funerale per l' anima mia in quel giorno, e mese, che succederà la mia morte.

Item lascio al Venerabile Monistero di S. Francesco di Paula eretto in questa mia Terra di Calapezzati, e fundato dal mio Avo colla prerogativa di fundazione, duc. 80. annui da pagarseli sopra la mia eredità dal sudetto mio erede, e successori, con peso che abbiano li PP. di detto Monistero di S. Francesco

di

di Paula di celebrare una messa il giorno, & un altra la settimana in refriggerio dalle benedette Anime del Purgatorio, dell'anima mia, e de' miei Antenati con dichiarazione che detta messa la settimana si celebri per li sudetti PP. di S. Francesco di Paula ogni lunedì nell' Altare della mia Cappella sita dentro il mio Castello di Calopezzati, e voglio, & ordino che in caso di affrancazione, sia lecito al mio erede, e successori assignare al detto Monistero di S. Francesco per detti ducati 80. annui, un Capitale di ducati mille, e due cento in tanti beni stabili di detta mia eredità, e che detta messa la settimana sia applicata per suffraggio, e per l'anima di mia Ava Vittoria Toscanà, e ciò per atto di gratitudine dovuta a detta mia Signora Ava.

Item lascio, e priego la mia Signora Duchessa, che debba ogni anno dispensare a povere tre gonnelle per ciascheduna delle mie cinque Terre a gloria di S. Anna Madre di Maria Vergine, & in mancanza, che detta mia Consorte morisse, *quod absit*, o non volesse stare nello stato, onde non potesse dell' entrade di detta mia eredità pagare, o donare dette gonnelle, in tal caso voglio, & ordino, che tutto ciò si dovesse adempire dal mio erede, e successori.

Item lascio, e voglio, che detta mia Consorte, & in sua mancanza il detto mio erede, e successori debbia dentro un anno computando dopo seguita la mia morte, maritare cinque poverelle, una per ciascheduna Terra con assignarli, e donarli per loro dote in tante bestiame ducati cinquanta per ciascheduna.

Item per affetto, che porto alli miei Vassalli, ordino, e voglio, che loro si rilascino li Fiscali, che devono pagare per quest' anno alle infrascritte Terre v3. Calopezzati, Crosia, Pietrapaula, e Mandatoriccio, volendo che si paghino dagli Erarj delle medesime Terre sopra gli effetti, & entrade della mia eredità.

Item dichiaro, ordino, e voglio, che tutti li miei beni, stabili, e feudali lasciati da me al medesimo mio erede, e successori non si possano dalli medesimi nullo unquam tempore nè vendere, nè alienare, ma che sempre si debbiano conservare nella Famiglia del mio erede, e successori, ne si possano contraere debiti, ma solamente ne possano percepire l'usofrutto, come vero e reale fedecommesso.

Item lascio, e voglio, che dopo sarà seguita la mia morte la mia Signora Duchessa carissima Consorte mi facci celebrare per l'anima mia due mila messe lette, pigliando li duc.200. per corrispondere l'ele-

l' elemosina dalli effetti della mia eredità, e le facci celebrare a suo arbitrio per lo convicinato da chi meglio le parerà rimettendomi ad essa mia Signora circa la pompa funebre nell' associazione del mio cadavere nel sudetto Monistero di S.Francesco di Paula.

Item lascio al mio Mastro di Casa Michelangelo Milano, che volendo la mia Signora Duchessa servirsene, li corra la medesima provisione da me assignatali, con donar conto a detta Signora, *& per una vice tantum* li lascio, e voglio, che li siano donati gratis duc. 50.

Item lascio al Musico Domenico Benedetto per buon servimento ducati 50.

Item lascio a D. Domenico Russo Musico duc. 20.

Item lascio al Segretario D. Antonio Cicala per buon servimento e per quello può pretendere per la sua provisione duc. 20. dichiarando che la sua provisione non è più di ducati 50. l' anno.

Item lascio al creato Geronimo Cajafa ducati 20.

Item altri docati 20. li lascio al ripostiero Pietro Inglese.

Item lascio docati dieci per uno, cioè alli tre Lacchè Repullo, Berardino, & Achille, ed alli due Mulattieri, che attualmente servano la Casa.

Item voglio e lascio, che dato haverà il conto dell' Erariato, Domenico Inglese, e sodisfatto, li si scompitino, o diano docati cento.

Item lascio al mio Ministro fedele, & Erario di Crosia Gio: Battista Cosenza per buon servimento che mi ha fatto docati 400.

Item lascio a Francesco Durante li docati 200. prestatoli, e tutto il dippiù, che forse mi dovesse per qualsivoglia causa.

Item lascio che si paghi una mesata gratis al Barricello, e Soldati di vantagio al Barricello Gio: Gallo li lascio due scoppette di quelle, che meglio li piaceranno, oltre di quella tiene.

Item lascio al Clerico Gaetano d'Aversa Maestro del suddetto Mario mio erede li miei vestiti di scorruccio, con peso che debbia insegnare al detto Mario.

Item lascio per male oblato incerto alla B. Acheropita di Rossano carlini 10.

Item lascio a Carlo Corella per buon servimento docati 20.

Item lascio ad Antonio Perunuccio docati 20.

Item lascio per buon servimento ad Albenia Lombarda docati diece.

Item

Item lascio a Porzia Boccuta, che li si doni una casa della Corte, & una gonnella per maritarsene.

Item lascio alla Serva Bomba Parise, oltre di quello li spetta, docati quindeci.

Item lascio a Giannetta figlio di Panetta docati dieci.

Item lascio al Signor Antonio Testonico due para di bovi a sua elezione, il cavallo rigalatomi dal Signor Barone di Sartano con la sella migliore della seconda fila, e guarnimenti & il mio armigio con ferri di argento, e la cortella con manica, e varole di argento.

Item lascio a Cataldo di Leone docati cento.

Item voglio, & espressamente ordino, che detta mia Signora Duchessa a spesa della mia heredità metta una figlia di Francesco Durante nel Monastero di Monache della Città di Rossano ad ogni richiesta di detto Francesco In Calopizzati li diecessette Gennaro *1676*.

Io Francesco Mandatoriccio Duca di Crosia dichiaro che quanto si contiene nel presente Testamento è la mia ultima volontà, e desidero, che questa ultima mia volontà sia difesa appresso la Corte, dal Signor Consigliere Francesco Rocco, il Giudice suo figlio, e Signor Antonio Ravaschiero = Io Berardino Cerella son testimonio = Io Notar Biase Lombardo fui presente.